土地征收中的“公共利益”界定

陈 晓 芳

(华东政法大学 科学研究院, 上海 201620)

摘　要:“公共利益”的界定是土地征收制度建构的一个难点。美国通过一系列判例,对宪法征收条款中“公共使用”等概念进行了界定,并就“发展经济是否属于公共利益”等困难问题进行了探索,其中得失可资借鉴。我国可根据“利益”、“交易费用”、“损失”、“分配”四方面考量来设计公共利益界定规则,并从立法和执法程序上对相关制度加以改进。

关键词: 土地征收; 公共利益; 公共使用

中图分类号:D93/23　　**文献标识码:**A　　**文章编号:**1000-5919(2013)06-0115-10

政府行使征收权必须满足“公共利益”目的,是各国的通行法例。但是,“公共利益”概念的界定是个难点问题。正如庞德所说:“公共利益是一匹非常难驾驭的马,你一旦跨上它就不知道它将把你带到哪儿。”① 我国法律规定,国家只有为了公共利益的需要,才可以征收土地和单位、个人的房屋及其他不动产。② 但是,法律对于什么是“公共利益”,哪些建设项目属于适合启动征收权的公益项目,并没有明确的界定,这容易在实践中导致征收范围的不当扩大。2011 年《国有土地上房屋征收与补偿条例》首次对征收前提之“公共利益”以“列举 + 概括”方式进行了界定,但其范围仍过于宽泛,无法有效约束政府的征收权。不厘清征收权的启动前提,就难以保证政府的征收权在法治的框架内行使,激烈的社会矛盾就难以避免。

美国是世界上第一个对政府征收进行宪法立法的国家,其相关制度经 200 多年发展已经较为成熟,留下了不少经典判例。现在的中国与 19 世纪下半叶城市化高涨阶段的美国十分相似:两国都有大量的农业人口需要吸收,城市的发展也需要消耗大量的农地。不同的是,美国城市化土地的取得绝大部分都是通过私人之间的自愿交易完成的,很少动用征收权,因而大大减少了农民与政府的冲突。即使动用了征收权,美国法院依靠着对“公共使用”的界定,以及公平补偿标准有效地制约了政府权力的滥用。本文拟通过考察美国的若干经典征收判例和相关规则,以期从中汲取合理经验作为我国土地征收制度改革的参考。

美国的征收制度(Eminent Domain,或者 Taking),其基本规则源于 1791 年联邦宪法第五修正案:“非因公共使用(public use)目的,私有财产不得被征收;如无公平补偿(just compensation),私有财产不得被征收为公用”。③ 该规定为美国的土地征收设定了基本的制度框架。但是,由于该规定过于原则化,其操作性并不

收稿日期:2013-05-22

作者简介:陈晓芳,女,四川眉山人,华东政法大学科学研究院助理研究员。

基金项目:本文系上海市教育委员会科研创新项目“我国土地征收法律制度研究”(项目编号:14YS080);上海高校青年教师培养资助计划“农地入市的法律改革研究”(项目编号:ZZHDZF12022)的阶段性成果。

① 罗斯科. 庞德:《法理学》(第 3 卷),廖德宇译,北京:法律出版社 2007 年版,第 205 页。

② 参见《宪法》(2004)第 10 条、《物权法》(2007)第 42 条、《土地管理法》(2004)第 2 条,以及城市房地产管理法(2007 年)第 6 条。

③ 原文是“[N]or shall private property be taken for public use, without just compensation”。

强,其中最易引起争议的问题,是“公共使用”的定义。由于美国是判例法国家,在制定法不甚明确的情况下,美国法院在长期司法实践中通过若干判例对“公共使用”的含义进行了界定。其中一些规则对我国是颇有借鉴意义的。

本文结构如下:第一节结合有关判例分析“公共”的含义。第二节结合相关判例分析“公共使用”的具体含义。第三节就发展经济(如增加税收、就业机会)应否被纳入“公共利益”的范围进行分析。第四节和第五节在评析美国相关法学理论的基础上,分别从实体和程序层面对我国土地征收中“公共利益”的界定提出若干准则。

一、“公共”含义界定的困难

要理解美国宪法中“公共使用”的含义,首先要明确什么是“公共”。但“公共”的法律含义甚为模糊。例如,如果从人数的角度界定“公共”,那么人数达到多少人,算是法律意义上的“公共”? 或如果将“公共”理解为“不特定”,那么所谓“不特定”是指人数的不特定,身份的不特定,地域的不特定,还是性别、年龄的不特定? 这些问题需要通过立法或判例加以澄清。

在早期的判例中,美国联邦最高法院对“公共”的理解是较为严格的。以 1896 年 Missouri Pacific Railway Company v. Nebraska 案为例①,该案发生于一个农业地区,原告铁路公司在该地有一座火车站。为满足附近农场运输谷物的需求,铁路公司在站内提供了两块地,修建了两架升降机,它们都是由与火车站签约的私人拥有和运营的。附近一些农民提出这两架升降梯无法满足他们自己的运输和储存谷物的需要,要求火车站另外提供一块地给他们建造自己的升降机和储存室。他们依据的是该州一部关于禁止公共运输商对不同顾客提供歧视性服务和价格的法律。当地政府的运输委员会批准了这群农民的要求,认为火车站构成了歧视,并向内布拉斯加州法院申请了强制执行令。

铁路公司向联邦最高法院起诉后,法院认为,要求铁路公司在自己的私有土地上提供一个位置来永久性地容纳自己所不能控制和使用的设施,其实质是对私人财产的征收。法院认为这群农民只是一群“私人自然人(private individuals)”,他们是为了自己的利益而自愿组合起来的一个团体;他们不是州政府为了实现某种公共目的而组建起来的组织;他们所要求建立的升降设备也不是为了提供给公众所用,他们的目的是要在火车站找个地方用于他们自己以及周边农场谷物的运输和储存。因此法院认定,农民们的诉求实质是征收一部分人的私人财产给予另一些私人使用,是违宪的。

在该案中,法院认为公众的含义应该是不特定的所有人:如果该升降设备建成后打算对所有人、而不只是对附近的农民开放或使其受益,那么也许法院就会认为这是符合公共目的的。如果受益人群的范围是特定的,那么就不符合公众使用的标准。这显然是一种较为严格的解释,因为到了后来的一些判例中,最高法院所认定的符合“公众使用”的征收项目,其受益对象仍然可以说是特定范围的人群,只不过其人数不同程度地扩大而已。

可见,受益人的数量和范围,在实践中很难作为一个具有可操作性的标准。相关利益群体究竟达到多少人数才构成“公共”? 任何具体数额的限定都必然是武断的。而且,也很难界定什么叫“受益”。受益的含义和程度有很多种,比如直接受益、间接受益,其对应的人群数量可以差别很大。所谓直接受益和间接受益,只有受益程度、大小、方式、种类的不同,很难清楚区分。真实世界中,需要征收土地的建设项目,如果从间接受益的角度看,几乎都是可以让众多的、不特定的人群受益的。例如修建一个火车站,直接受益的人可能就是住在周边、需要经常坐火车上下班的人,但间

① Missouri Pacific Railway Company v. Nebraska. (164 U.S. 403)。该案也是美国联邦最高法院首次真正对州层面的征收案件进行审查,自此联邦法院系统才在“公共使用”原则的发展过程中逐渐发挥影响力。参见 Lawrence Berger, *The Public Use Requirement in Eminent Domain*, 57 Or. L. Rev. (1978)。

接受益的人则无法计算,例如火车站便利了周边的交通,附近做生意的人收入增加了;也使得前来租房居住的人增加,房东受益;甚至还便利了乞丐在附近乞讨,铁路的修建本身还使建筑工人(及其家庭)得益,等等。类似地,一个由私人公司投资兴建的商业广场,原则上也是可以使不特定的多数人得益的(这些利益包括消费者购物的便利、交通便利、就业机会、周边房屋的升值,等等),其受益人群的范围或受益程度甚至可能不亚于政府的一些公共项目。因此,如果按照不特定或多数人群的利益来理解“公共利益”,所有的建设项目都符合公共利益、因而都是可以启动征收权的。总之,Missouri Pacific Railway Company案的启示是,“公共”一词其实没有什么标准可言,也因此难以从此角度对征收权的行使予以控制。

二、公共“使用”含义的界定

第二个问题是拟被征收土地的使用方式。美国宪法规定,征收必须符合“公共使用”目的。但“公共使用”的含义是什么,则众说纷纭。例如,公共使用必须是公众直接使用？还是由政府使用？由政府或国有企业使用(地铁、国有医院)？最有争议的问题是,如果征地后交给私营企业使用,还算不算“公共使用”？

在Berman v. Parker案①中,哥伦比亚特区政府打算对某区域进行旧城改造。这个区域中大部分住户的房屋都属于过于陈旧而不堪翻新的,只能拆除重建。美国国会通过了《哥伦比亚特区重建法案》②,授权哥伦比亚特区政府根据该法案拟定具体的重建方案,进行旧城改造。根据政府的重建方案,这个区域的所有土地将被征收,一部分土地将被用于修建道路、学校和其他公共设施,其他的土地将被出售或出租给私人用于重新开发。不过,政府有权监督私人开发商按照既定的社区规划来开发。原告认为该重建方案要求将被征收的土地转移给私人经营,而且其进行再开发后修建的房产也将给予私人而不是公共使用,因此违反了宪法关于征收必须出于“公共使用”目的的规定。

但是,联邦最高法院的法官不同意该主张,他们认为在考虑重建计划的合宪性的时候,只能将其作为一个整体考虑,而不能将该区域中的房屋或地块一个一个地分别分析。他们表示尊重地方政府的判断,即该区域“必须被通盘规划”,否则重建计划难以成功。联邦最高法院认为立法机关的决定在实体上是合理的,因为“悲惨的、破烂的居住状况将会传播疾病、犯罪和堕落的道德。他们还会扼杀人们的精神价值,因为恶劣的居住条件会使那里的居民被降低到牲口的水平,使生存变成一个难以承受的负担”③。

在密歇根州的一个案例(Polytown Neighborhood Council v. City of Detroit)中④,由于该州当时经济不景气,失业率高企,州政府通过了一部《经济发展公司法案》(Economic Development Corporation Act)。该法案指出,减轻和改善失业状况是政府的一项持续的责任。政府有必要协助当地工商业企业加强重整密歇根经济。底特律市经济发展公司根据该法案的授权,准备征收位于Polytwon的私人土地,并转交给General Motors(GM)公司建造组装厂。原告反对这项征收,理由之一是该征收行动拟将私人财产转移给另一个私人主体使用,不符合公共使用目的。

州最高法院多数法官认为,宪法规定的“公共使用”的含义在不同时代和地区可以有不同的体现。公众能否获得和享受使用被征收财产所产生的利益,是公共使用是否成立的决定因素。其言外之意,是即使该财产不是由公众所直接使用,但只要公众能够分享该财产在利用过程中产生的利益,也构成“公共使用”的题中之义。法院指出,决定什么构成公共使用目的,这是立法机关的

① Berman v. Parker 348 U.S.26(1954).

② *The District of Columbia Redevelopment Act of 1945*, D.C. Code Ann. §§ 5-701 to 5-719.

③ Berman V. Parker 348 U.S.26(1954)。

④ 410 Mich. 616 (1981).

功能所在。但是,也有法官持反对意见。但反对的法官指出,如果征收财产被转交给私人运营后,政府或公众仍然能通过某些措施对其加以控制的话,这种公共控制使得征收行为仍然具有较强的公众使用色彩,因此可能还是可以接受的。但是,土地一旦转移给 GM 公司修建成厂房后,公众对这些厂房的管理、运营等是没有发言权的。即使它能够提供就业机会,但是新落成的工厂究竟会雇佣多少工人,这是企业根据其自身利润最大化的标准而非当地失业率来决定。所以,土地转交给 GM 后,就不能构成“公共使用”的含义了。

在后来的 Hawaii Housing Authority et al v. Midkiff 案①中,美国联邦最高法院甚至走得更远,土地是否最后由私人占有使用,已经无关宏旨,只要征收的目的属于公共目的就行。在该案中,当地房管局决定将一些房屋从出租人手里征收后转让给承租人(在给予公平补偿的前提下)。当地政府宣称他们这样做的目的是消除土地的垄断②,因为土地垄断会导致“居住房屋市场的扭曲,高涨的地价,并伤害公众的宁静和福利”。第九巡回法院判决认为这是夏威夷地方政府“赤裸裸地为了 B 的私人利益而企图将 A 的财产拿走转让给 B”。但是,联邦最高法院否定了第九巡回法院的判决。他们认为,“防止土地垄断所产生的社会和经济罪恶(evils)”符合“公共使用”的目的。虽然原告抗议说,州政府通过征收直接将土地从一个私人手里转移到另一个私人手里,这个事实本身就已经使得征收的公共色彩不复存在,但联邦最高法院的回答是,“在决定征收是否属于公共使用时,关键是看征收的目的而不是其采用的方式(mechanics)”。

到了 2004 年,在 Wayne Cty. v. Hathcock 一案③中,密歇根州最高法院推翻了自己在上述 Polytown案中的判决,拒绝支持政府的土地征收决定。在该案中,密歇根州维恩县政府试图征收某私人土地,用以修建一大型的商业科技园区,吸引那些发展新技术的企业落户,从而复兴当地衰落的经济。法院认为,该园区并非只能在拟征收的土地上修建(即该土地并不具有唯一性或不可替代性),且并非只能依靠政府行为才能实现;该园区在被出售给私人后将不会被置于公共监督之下,并且不存在任何独立的公共利益——诸如公共健康或公共安全等因素——因而该征收行为不具有正当性。

通观上述案例,笔者认为,被征收的土地最后是否实际由私人(或私人公司)占有、使用、运营,或许并非问题的关键。征收制度的根本目的在于实现某种“公共利益”,只要能达到该目的,则不必过分拘泥于形式。如果通过征收所产生的利益主要是为公众所享有,即使土地或其上建成的设施由私营公司运营或占有,也并无不可。例如,某城市通过征收完成了自来水系统的建设,并通过招标和加以适当监管的方式将该系统交由私营公司运营,若该模式能比政府直接运营更有效率,那么即使交由私营公司经营,也应当符合公共利益的要求。

但是,如果征收土地交由私营公司运营的结果,是私营公司获得主要的利益,而公众只是获得少量或附带地获得利益,那么,就不应该动用征收权。比如,如果政府征收本地农民的土地交给外来的公司建设油田,如果该公司除缴纳正常的税收之外,并未为当地提供足够的就业机会,也未将其主要利润与被征收人或当地居民分享,那么,政府就不应该动用征收权为其获得土地,否则就不是促进而是损害当地公众的利益。或者,如一些地方政府出台的土地储备办法所规定的,因修建商品房等经营性项目也可征收农民土地,而商品

① Hawaii Housing Authority et al v. Midkiff et al., 467 U.S. 229(1984).

② 夏威夷在成为美国的一个独立州之前,该岛的最初定居者实施的是一种类似欧洲封建领主制的土地分封制度。在 1960 年代,州议会发现 72 位地主拥有该州 47% 的土地,联邦和州政府拥有 49% 的土地,而州的其他公民仅拥有只有 4% 的土地。

③ 471 Mich. 445(2004).

房的利润主要由政府和开发商分享,农民所得很少。这种情况下的征收就很难说是正当的。

三、“发展经济”是否符合公共使用目的

在中国,“发展经济”是否符合公共使用目的,是一个大问题。中国正经历着规模和速度空前的城市化和工业化过程。这个过程中,必然需要有大规模的农用地转为建设用地。由于目前的法律规定,农地必须经过政府的征收程序转为国有土地后才能进入建设用地一级市场,所以,近年来各地政府为了发展经济、招商引资,纷纷大规模征地。那么,政府是否可以为发展经济而征收私人土地呢？这个问题到目前为止,还是见仁见智,难有定论。

美国法上如何处理“发展经济”与保障私人财产权的矛盾呢？一直以来,在历次以经济发展为理由的征收诉讼中,美国法院通常都尊重和支持当地立法机关和政府的决定。2005 年的 Kelo 案①,是美国司法史上反响最大的一次征收诉讼案件。它是迄今为止在美国联邦最高法院历史上引起最多的州修改法律的判例。这个案件的焦点,是政府是否有权为经济发展目的而征收私人财产。该案中,美国康涅狄格州的新伦敦市政府为了拯救本地经济,决定建设一片新的社区,包括私人公司和住宅用地。政府计划将土地征收后,交给这些公司和开发商兴建住宅,并转售给私人。Kelo 等数名不服征收的居民向法院起诉,要求否决政府的征收决定。

联邦最高法院在判决书中,着重分析了发展经济是否属于公共使用目的问题。法院认为,促进经济发展是政府的一项传统的、早已被认同的功能之一。而且,要将“发展经济”与其他公共目的区分开来,也是不可能的事情。例如,曾经有地方政府为了促进本地采矿业和农业发展而征收土地,最高法院给予了支持;在 Berman 案中,一些土地被征收后也用于修建私人住宅,但由于该计划是出于重建破败社区的目的,法院同样给予了支持;在 Midkiff 案中,虽然土地被转移到私人手中,但是因为政府的目的是防止土地垄断阻碍土地市场的正常运作,所以法院也认定其为公共使用。法院认为,Kelo 案中所争议的重建方案与上述案件中的方案并无实质的差异,法院既然历来对公共使用作宽泛的理解,这次也没有理由要将“经济发展”目的视为例外。

针对原告的反驳——假如允许政府以经济效益为理由实施征收的话,岂不是意味着只要 B 可以用土地创造出更多价值并缴纳更多的税,政府就有权剥夺 A 的土地将其转交给 B——法院认为,假如真的出现政府为了经济利益将土地作“一对一”转移的案件,这是超出了“整体发展计划”范围的,其合法性当可商榷。但本案中并未出现此种情况,不能用一个假设的条件而否定“经济发展”的公共目的性质。

最高法院认为,对于该发展方案是否符合公共使用的问题,法院应该遵循 Berman 案的先例,即从整体的角度而不是从个案的角度来判断,因此不能以个别业主的物业特性为依据。法院指出,该市提出的经济发展方案是经过仔细思考和论证而形成的,并且其相信该方案可以给当地社区带来一些显著的好处,例如税收和就业机会。为达到重建社区的目的,该市必然需要将商业、居住、休闲等功能在同一社区进行整体规划(这意味着一些土地必然会为商业或个人所使用)。从该重建方案的目的来看,法院认为整体而言,该方案无疑是符合第五修正案所谓的公共使用标准的。

但几位少数派的法官——O’Connor(她是 Midkiff 案的判决书撰写人),Rehnquist(首席大法官),Scalia 和 Thomas ②——提出,征收的案件目前主要分为三类情况:第一类是将私人土地转移给公共所有,例如修筑道路、军事基地等;第二类是转移给私人主体,但该私人主体是公共承运人、提供公共服务的,例如民营铁路公司等,这种情况

① Kelo v. City of New London, 545 U.S.469(2005).

② 单从反对者的人数之多(九位法官有四位反对)就可想见,Kelo 案在最高法院内部引起的争议也非常大。

下,被征收的土地为所有社会成员所使用(for public use);第三类是将土地转移给私人主体,以作为基于公共目的(public purpose)项目的一部分。第三种类型的征收最容易出问题,特别是当征收的目的是为了谋求经济发展时。在 Midkiff 案和 Berman 案中,征收土地都是为了解决某种公共危害(public harms):前者是土地垄断,后者是城市建筑的凋敝。但是相比而言,Kelo 案走得更远,因为“几乎任何私人不动产的合法使用都可以看成能够对公众利益产生某种间接的好处……(这种基于经济发展目的的征收)的受益者很可能是那些对政治运作过程具有巨大影响力的群体,包括大企业和地产商。而对受害者一方来说,如今政府(因为这个判决而)可以合法地将土地从那些掌握较少资源的人手中转移给掌握更多资源的人”。

总之,“发展经济”是否属于公共利益的问题,美国社会和司法界的看法存在很大分歧。美国是一个崇尚自由、人权的国家,在传统上对政府权力保有较深的警惕;另一方面,美国经济发达,人民生活稳定舒适,加上发达的社会保障制度,这种条件下,与保护权利而言,一般人潜意识里或许并不认为经济发展是一种迫切的需求。这或许解释了为什么 Kelo 案的判决引起了如此普遍的质疑。

那么,如何看待 Kelo 案在美国引起的巨大争议? 中国改革开放三十年多来,经济一直持续快速增长。地方政府在经济发展中,扮演着非常积极的角色。征收土地和房屋用于城市改造、兴建工业区、招商引资,成为地方政府工作中的一个重点。大规模的、迅速的征收,也引起了众多的征地纠纷,成为近年来影响中国社会稳定的重要因素。这种情况下,人们自然会质疑,政府是否应该为了经济发展而行使征收权。但另一方面,中国当前所处的社会、经济发展阶段,与美国有很大的差距:在许多地区,对大多数老百姓来说,发展经济、增加收入、提高生活水平,仍然是非常迫切的现实需求。中国经济近年来一直保持着持续快速的增长,客观上需要有更多土地资源作为工商业发展的保障。在城市地区,人民生活水平的提高对居住环境也有了更高的要求,而在许多大城市里,还有相当多的建筑设施仍然是前改革时代遗留下来的,这些社区和建筑的质量和环境都明显落后。通过大规模的旧城改造,改进城市环境,对经济发展和人民生活的提高,显然是必要的。

要注意到,即使是在经济已经高度发展的美国,联邦最高法院仍然注意到了各地区发展不平衡这个事实,因而反复强调要尊重各地区政府对公共目的的理解,尊重地方的差异,而不愿意作出一刀切的判断。一个社会的公共利益究竟是什么,这个问题在国家的不同地区,总是因时因地而有所变化的,其具体内容取决于特定环境下的现实需要。最高法院很难代替各州的立法和司法机关做判断,也很难出台一个统一的细则来加以规定。因此联邦的法律应该保持一定的弹性和宽容度。而今天的中国,各地的经济不平衡更加显著,不少地区对于发展经济的需求还非常迫切,这种情况下,中央层面的法律,最好借鉴美国司法机关的做法,在原则上承认发展经济为目的的征收的合法性和合理性。

这并非说只要为了发展经济,征收就可以不受限制。对于以发展经济为幌子实现个人目的和利益的征收,应予否定,并追究相关责任人的法律责任。即使是的确出于良好动机而实施的征收活动,也应该在制度上给予一定的监督和限制,以求得在促进公共利益和保障私人财产之间的平衡。

那么,应该从哪些方面来约束和保证征收权的恰当行使呢?

四、界定“公共利益”的实体规则

鉴于公共利益含义本身的含糊性,可以通过立法对其范围作一定的明确。《国有土地上房屋征收与补偿条例》第一次采用了列举加概括的方式来界定“公共利益”的范围①。但是,仅仅只有

① 参见《国有土地上房屋征收与补偿条例》第 8 条。

列举法是不够的。我们需要找到一些具有指导意义的规则,来解释清楚,为什么这些事业是可以适用征收的,而不是仅根据经验和直觉来挑选这些事项。否则,列举法并不能有效防止征收权被滥用。

从美国的判例和学说来看,目前限制征收权(或决定征收必要性)的思路,主要是从以下方面尝试界定征收权的适用界限:

1. 从受益人群的数量、范围,或者从利益的种类或性质来界定征收权适用范围。但是,在分析 Missouri Pacific Railway Company v. Nebraska 案时笔者已经论证过,从这些角度很难明确征收权的行使界限。例如,我们很难从一个项目是否增加当地就业、税收等利益,来判断该项目是否应该适用征收权,因为原则上所有的私人商业活动都可以创造就业、税收。我们也很难判断,一个工厂或地铁站在当地落户后,其受益人群的界限究竟在哪里。

2. 从“使用”的含义来界定征收权适用范围。美国法院和学者将很多注意力放在对“公共使用”(public use)的解释上,但无论对“公共使用”是采取宽容的理解(公共目的)还是严格的理解(为公众实际使用),都显现出明显的模糊和矛盾,总会出现令人感觉不合理的判决①。问题关键在于“公共使用”的含义过于模糊。特别是,如果按照广义的理解,公共使用就是指征收计划的目的是为了公共利益,那么这个审查标准似乎太宽泛了些。甚至可以说,这等于是对征收权没有审查或限制了,因为稍微具备规模的项目,无论其是私有还是公有项目,多少都对周围社区具有正的外部性。如果因为一家企业甚至个人能够为大众提供某种服务或利益就被允许征收私人所有的土地,这势必让人有理由对私有产权的安全性产生担忧;正如 Kelo 案中少数派的几位法官所言,原则上,所有的私人企业在为自己利益从事商业活动的时候,都在间接地为社会公众提供某种服务,都是在“造福”公众。这样,宪法所欲通过“公共使用”对征收私产所施加的限制又体现在哪里呢?

3. 从产品性质的角度来界定征收权适用范围。芝加哥大学教授 Richard Epstein 认为,如果将“公共使用”宽泛地解释为公共利益,容易使得政府的征收权力过于扩张。他认为,要构成宪法所说的“公共使用”,应该将征收目的限制在提供了经济学意义上的“公共产品”才行②。笔者认为这是有一定道理的,如果只有使公众受益这一项标准,很难约束征收权的无限制扩张。因为公共产品以外的其他商业产品,原则上也具备使“公众受益”的效果(只要市场上多数私人企业提供的商品,都是在市场上公开销售的)。但是,这个规则也会产生一定的问题,那就是忽略了不同地区对于经济发展需要的差异,因为对一些落后的地区来说,其对于公共产品以外的其他商业机会,也有迫切的要求和愿望。有时候,一个(私营)大企业的进驻,对于一个落后地区的价值和意义,甚至比修几座桥、几条路这种传统意义的公共工程要大得多。

4. 从“手段”而非“目的”的角度来界定征收权适用范围。这种思路最早出现在 1848 年的 West river bridge Co. v. Dix 一案③中。在该案件中,法官提出,如果不动用征收权,政府就很难实现自己的(某种公共福利)目的时,就应允许政府

---

① Jesse Dukeminier et al., Property, Aspen Publisher (six ed.), 2006, p. 952.

② Richard Epstein, Takings: *Private Property and the Power of Eminent Domain*, Harvard University Press (1985), pp. 166–169. 所谓公共产品有两个特征:一是使用起来难以排除他人的使用,二是可以同时供多人使用,彼此之间互不影响(或影响很小)。经济学家通常认为公共产品应由政府而不是自由市场提供,第一个原因,是私人企业很难向搭便车者收费,例如国庆放焰火,附近居民都能欣赏,却难以向他们收费;国防更是如此,一旦提供,全国人都受益,但私营企业很难逐一向人民收费。但国家却可以通过强制收税的办法筹集资金,然后免费提供国防,从而防止了搭便车的问题。第二个原因,是因为即使增加一个人使用,公共产品提供者的边际成本也很小、几乎近于零,因此向社会免费提供公共产品,能够最大限度地使其发挥经济效益。

③ 47 U.S. 507, 545–546 (1848).

征收。在前述 2004 年 County of Wayne v. Hathcock 一案①中,法院也采用了这种“手段解释”的方法。法院总结出了三项征收标准:一是出于“某种极端种类的公共需要”,政府必须帮助创造公共利益的企业通过征收途径集中土地,非依征收不能实现。例如修建高速公路、铁路,管道等;二是被征收财产转让给私人后,其使用仍处于公共监督之下;三是选择征收某财产是基于一项独立的公共价值。虽然征收的土地最后转移到私人手中,但是并不是为了这些人的利益而征收,而是基于一种“独立的公共价值”,如征收凋萎破败的房屋即符合这一要件。

但笔者认为这种标准仍嫌抽象和空洞(什么叫“极端种类的公共需要”?),或者不够切中要害(为什么处于“公共监督”下就符合公共利益?)。仔细分析法院提到的道路、铁路,高速路这种经典意义上的可适用征收的例子,其特征是:1. 所需土地量巨大。2. 牵涉业主众多,因此单独谈判的成本极高。3. 投资巨大,业主众多而出现敲竹杠(holdout)的机会较大,一旦出现钉子户,工程受阻的损失较大。一般企业或工商业项目则不具有这种特征。因此,这种所谓极端种类的项目,其实是指使用价格机制(市场)来整合土地的协商(交易)费用太高。所以,应该关注不同案例中的交易费用情况,在交易费用越高、敲竹杠导致损失越大的情况下,适用征收的必要性就越大。

那么,在什么情况下应该适用征收权呢?笔者认为可以考虑以下几个原则:

(一)利益规则。目标项目所能产生的价值的总量,应该作为考虑依据之一。如果一个企业项目足够大、能够给当地带来足够大的利益,那么其适用征收的价值就越大。至于这种利益是商业的、就业的、税收的,还是环境的,则无须过分关注。只要经过适当的民主程序,证明该项目能够给地方带来足够大的总利益,就满足此项利益规则。

(二)交易费用规则。即使利益足够大,也并不意味着一定要通过征收,因为假如利益很大而交易费用又不高的话,完全可以通过协商方式购买土地,这也符合当地居民与企业利益共享的原则。只有当交易费用非常大、使得具有巨大价值的项目无法实现,而征收方法可以显著节省交易费用时,征收才具有合理性。铁路、高速路、机场、运河等项目,是类似的例子。

这两个原则(经济价值、交易费用)结合起来,可以使得规则较为灵活而有适用性,例如,有些商业项目虽然不是像铁路项目等那样有众多的谈判主体,但是其对本地的经济意义巨大(如一个大企业要到一个经济落后的地区落户,对该地区的意义就比到上海落户更显著),此时征收土地可能就有更强的合法性,特别是如果其他地区竞争比较激烈,而本地唯有某个地段特别适合该企业建设的话,如果此时出现敲竹杠的情形(假如有一家钉子户漫天要价,而对其妥协又会引起其他业主的反弹等),征收的必要性就增加了。

(三)损失规则。也就是说,采用征收导致的负面后果不是很大或有办法加以控制。例如,在前述 County of Wayne v. Hathcock 案②中,根据法院的分析,同样是征收私人的房地产并转移给其他私人占有,同样是发展经济而修建新社区,如果是颓废的旧城,就可以征收,如果不是,就不能。这只能解释为法官潜意识里在进行利益权衡:显然,前一种情况下,原主人的房产价值要小很多,因此征收导致的损失更小。

(四)分配规则。即看征收后的项目实现的经济利益是如何分配的。如果主要为私人企业获得,就不太妥当,如果以公众分享利益为主,则比较合理。例如道路,企业得益,公众通常得益也较多,如交通便利,增加就业机会,有利于创业等等。若征收后的项目收益主要由私人享有,即使利润丰厚,动用征收权就不合理。这其实也是前述 Polytown 案③法官认为为通用公司征地主要是私人得益(自己控制企业运营、雇工、利润独享)的

① 471 Mich. 445(2004).

② 471 Mich. 445(2004).

③ 410 Mich. 616(1981).

原因，法官认为政府应通过某种方式“控制”征收后的项目，是因为一般情况下这种控制能够使公众分享到更多的利益。

五、界定“公共利益”的程序规则

然而，抽象性的原则很难穷尽所有情况，何况随着时代变化，新情况会不断出现。鉴于此，有学者主张将公共利益的决定权更多地交予立法机关决定①。这和美国法院在处理征收纠纷时的立场不谋而合。如前所述，在美国 Berman 案、Kelo 案等判例中，法院解决“公共目的”难题的一个主要方法，是对立法机关的决定给予充分的尊重。这种尊重是建立在推定立法机关的决定是慎重的、经过仔细思考和论证的：这表现为政府的重建计划是基于一项正式通过的法案，而相关执行部门的职权也是由该法案授予。

目前，我国土地征收制度存在的严重问题之一，即是对 “公共利益”的认定没有纳入正当性程序，政府是自己案件的法官，导致严重偏离法治原则。根据 2007 年《物权法》，政府的征收决定一旦生效，即发生物权变动的效力②。而征收决定何时才算生效，目前的法律法规并未明确规定。结合《土地管理法》第 46 条③来看，立法机构似乎倾向于将“县级以上人民政府予以公告”之时定为征收决定的生效时点。并且，政府的征收决定属具体行政行为，被征收人提起行政复议或行政诉讼并不影响具体行政行为生效，在提起行政复议或行政诉讼时若无法定除外事由④，也不停止具体行政行为的执行。而从《行政复议法》和《行政诉讼法》规定的除外事由来看，无论是由作出征收决定的政府一方主动停止执行，还是在被征收人申请停止执行，法院认为“该具体行政行为的执行会造成难以弥补的损失，并且停止执行不损害社会公共利益”时，裁定停止执行，其实现的机率都是很小的。

我国现有法律对国有建设用地使用权的征收和集体所有土地的征收分别适用两套不同的征收程序。国家在征收农民集体所有土地时，根据《土地管理法》的相关规定，采取“两公告一登记”的程序：政府决定启动征收权后，直接将征收决定向农民公告；土地被征收的农民集体和农民在公告规定期限内，持土地权属证书到当地政府土地主管部门办理征地补偿登记；征地补偿安置方案确定后，地方政府再进行公告，并听取被征地的农民集体和农民的意见。这一程序意味着，一旦政府作出征收决定，农民只能被动地接受，无任何司法救济渠道，征收补偿方案也是由政府单方面制定，虽然要听取被征收人的意见，但接受与否则属政府的自由裁量权。农民即使对补偿标准不服，也只能由县级以上地方人民政府协调；协调不成的，由批准征收土地的人民政府裁决，该裁决为终局裁决。并且，征地补偿、安置争议不影响征收土地方案的实施。政府集土地征收者、土地交易者和土地争议裁决者等多种角色于一身，在程序上很难保证征收确实是基于“公共利益”的需要，从而难以令被征收人信服政府的征收决定。

2011 年出台的《国有土地上房屋征收与补偿条例》首次规定，保障性安居工程建设、旧城区改建，应当纳入市、县级国民经济和社会发展年度计

---

① 张千帆：《公共利益的困境与出路：美国公用征收条款的宪法解释及其对中国的启示》，《中国法学》2005 年第 5 期。

② 《物权法》第 28 条：“因人民法院、仲裁委员会的法律文书或者人民政府的征收决定等，导致物权设立、变更、转让或者消灭的，自法律文书或者人民政府的征收决定等生效时发生效力”。

③ 《土地管理法》第 46 条规定，国家征收土地的，依照法定程序批准后，由县级以上地方人民政府予以公告并组织实施。被征收土地的所有权人、使用权人应当在公告规定期限内，持土地权属证书到当地人民政府土地行政主管部门办理征地补偿登记。

④ 参见《行政复议法》第 21 条，《行政诉讼法》第 44 条。

划。这意味着,在这两块社会矛盾集中的领域,土地征收权①的启动,必须以当地人民代表大会的认可为前提。通常来说,立法机关被视为民意的代表,而立法本身有一套正式的、审慎的程序,那么,经过立法程序对“公共利益”作出的决定,法院是有理由信任和尊重的。尤其是在一个大国之内,各地情况迥异,而且处于快速发展时期的情况下,我们不能将法院变为一个具体的行政机关,来逐一地对每个征收项目的合理性进行成本收益的考量,这将给法院造成难以承受的负担,而且也是将法院变成了另一个政府。换言之,法院适合对一些明显的、容易发现的错误进行审查,例如,如果行政机关的征收决定在程序上体现出明显的不合理,法院有理由怀疑其是否属于一个审慎的决定。所以对立法和司法部门来说,关键的问题应该转移到对征收程序的设计和审查上来。

The Way to Define “Public Interest” in Eminent Domain on Land

Chen Xiaofang

(*Research Institution of Science*, *East China University of Political Science and Law*, *Shanghai* 201620, *China*)

Abstract: How to define “public interest” in eminent domain on land is a difficult task. In the US, the courts have defined “public use” concerning the United States Constitution through a series of precedents, and tried to answer such difficult questions as whether stimulating economy by local government falls in the scope of “public interest”. To devise the defining rules for “public interest”, China can draw on the experiences of the US, and carefully take such four aspects as “interest”, “transaction cost”, “loss” and “distribution” into account, and improve the system for land expropriation from legislation and enforcement procedures.

Key words: eminent domain on land, public interest, public use

(责任编辑 郑 园)

① 虽然该条例只提到是规范对国有土地房屋的征收,但其实也同时包括了房屋所有权人享有的建设用地使用权的征收。历来的征收实践已表明,征收权人看中的实为房屋所处的那块土地。毫不意外,该条例第 13 条明确规定,房屋依法被征收的国有土地使用权同时收回。虽然从经济学的角度来看,若政府征收时严格依法对房屋给予市价补偿,那么就意味着已经对房屋相应的建设使用权给予了补偿(因为在市场交易中,房屋的市价里已经包含了地价),但是笔者认为在未来的不动产征收立法中,应该明确“建设用地使用权”的被征收对象地位。